

Sygn. akt: KIO 1609/18

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRINTNONSTOP sp. z o.o. sp. k., ul. Zawieprzycka 8L, 20-228 Lublin oraz CARTRIDGE POINT PARTNER sp. z o.o., ul. Niska 5, 27-200 Starachowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Izbę Administracji Skarbowej we Wrocławiu (53-333), ul. Powstańców Śląskich 24**

przy udziale wykonawcy A. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service, ul. Jarosława Iwaszkiewicza 6/4, 52-211 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRINTNONSTOP sp. z o.o. sp. k., z siedzibą w Lublinie oraz CARTRIDGE POINT PARTNER sp. z o.o., z siedzibą w Starachowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRINTNONSTOP sp. z o.o. sp. k., z siedzibą w Lublinie oraz CARTRIDGE POINT PARTNER sp. z o.o., z siedzibą w Starachowicach**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Izba Administracji Skarbowej we Wrocławiu (53-333), ul. Powstańców Śląskich 24 prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) (dalej „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„usługa outsourcingu druku w zakresie drukowania, kopiowania i skanowania dokumentów oraz utrzymywania kompleksowej obsługi urzędzeń drukujących dla Izby Administracji Skarbowej we Wrocławiu i podległych jej jednostek”* (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 080-180195.

Dnia 31 lipca 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę wykonawcę A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Print-Sol”.

Dnia 10 sierpnia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PRINTNONSTOP sp. z o.o. sp. k., z siedzibą w Lublinie oraz CARTRIDGE POINT PARTNER sp. z o.o., z siedzibą w Starachowicach (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 bądź 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Print- Sol, której treść wskazuje, iż stanowi ona w istocie złożenie kilku ofert przez jednego Wykonawcę (niedopuszczalną przepisami Pzp ofertę wielowariantową) z uwagi na zaoferowanie wykonania usługi w zakresie użyczenia urzędzeń drukujących w sposób alternatywny poprzez wskazanie w ramach złożonej oferty na formularzu zgodnie załącznikiem 2 do SIWZ, iż w ramach Typu I Wykonawca wykona przedmiot zamówienia przy pomocy urzędzeń RICOH MP 3055 lub MP 3352 lub MP 3053 lub SHARP MX-M316NV a w zakresie Typu II przy pomocy urzędzeń SHARP MX3060V lub RICOH MPC2004SP .
2. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Print - Sol, której oferta w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia przy pomocy urzędzeń RICOH MP3352 lub, RICOH MP 3053 nie

jest zgodna z SIWZ w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby urządzenia użyte w ramach wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w pkt I b) Załącznika nr 2 do SIWZ były urządzeniami o roku produkcji sprzed 2016 roku (bowiem w innym wypadku będzie domagał się ich wymiany, wskazując, że Zamawiający nie zaakceptuje dostawy takiego urządzenia), w sytuacji gdy urządzenia zaoferowane do wykonania przedmiotu zamówienia produkowane były jedynie odnośnie RICOH MP 3352 - do grudnia 2013, a RICOH MP 3053 - do grudnia 2015 r.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru ofert;
2. odrzucenia oferty A. S. prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service;

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz o dopuszczenie dowodu z dołączonych wydruków korespondencji e-mail pomiędzy Odwołującym a RICOH Polska Sp. z o.o. na okoliczność potwierdzenia dat zaprzestania produkcji RICOH MP 3352 - do grudnia 2013 r., a RICOH MP 3053 - do grudnia 2015 r. (na zasadzie art. 190 ust 3 i 4 Pzp).

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania wpierw przedstawił wywód dotyczący wykazania interesu we wniesieniu odwołania.

Odwołujący podał, iż legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp - złożył w Postępowaniu ofertę, która to oferta została sklasyfikowana jako pierwsza z kolei. Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego i ponownie przeprowadził czynność badania ofert. W jej toku Odwołujący wniósł o uwzględnienie we własnym zakresie argumentów, jakie przedstawili Zamawiającemu wnosząc o unieważnienie we własnym zakresie przez niego czynności wykluczenia Odwołującego. Po ponownym badaniu ofert oferta Wykonawcy Print - Sol została oceniona najwyżej. W sytuacji, gdy oferta wykonawcy Print - Sol zostaje odrzucona (co zdaniem Odwołującego winno nastąpić) wówczas jako najkorzystniejsza dla Zamawiającego winna zostać oceniona oferta złożona przez Odwołującego z uwzględnieniem we własnym zakresie argumentów, jakie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wnosząc o unieważnienie we własnym zakresie przez niego czynności wykluczenia Odwołującego. Odwołujący wskazał, że przed upływem terminu do zaskarżenia czynności wykluczenia Odwołującego, złożył stosowny wniosek Zamawiającemu wskazując, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Zamawiający w każdej chwili aż do momentu podpisania umowy, w razie stwierdzenia, że

któraś z jego czynności - w szczególności istotnych dla wyniku postępowania - została wykonana wadliwie, a czynność ta może na danym etapie zamówienia zostać unieważniona, dokonana lub powtórzona, ma prawo skorygować swoje wadliwe działanie lub zaniechanie” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 2776/14). Taką czynnością podjętą błędnie (co wykazywał Zamawiającemu Odwołujący) była czynność wykluczenia go z postępowania. W cytowanym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała wprost, że: „Owszem, w ustawie Prawo zamówień publicznych brak regulacji w tym zakresie analogicznych do art. 186 ust. 2 zd. 2 czy art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wynika to z samej istoty prowadzenia postępowania w sposób rzetelny. Obowiązek taki można wywieść poczynając od art. 5 Kodeksu cywilnego, który kładzie nacisk na działanie podmiotów zgodnie z zasadami współżycia społecznego, poprzez art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym położono nacisk na działanie zamawiającego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz na dokonanie wyboru wykonawcy zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami procedury opisanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, aż do art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiącego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony, odmowa przyznania zamawiającemu takiego uprawnienia - czy wręcz nałożenia na niego takiego obowiązku - skutkowałaby proceduralnym patem. Z jednej bowiem strony zamawiający musiałby zawrzeć umowę z nieprawidłowo wybranym wykonawcą, co byłoby wprost niezgodne z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.” Mając na uwadze powyższe interes Odwołujący uzasadnił interes do wniesienia niniejszego odwołania także i tym, że w toku procedury dopuszczalnym jest weryfikacja we własnym zakresie błędnego postąpienia Zamawiającego polegającego na wykluczeniu Odwołującego, a tym samym niejako powrót Odwołującego do toczonego postępowania.

Ponad podniesione powyżej argumenty, Odwołujący zauważył, iż złożona przez Print - Sol oferta przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie przeszkodziło to jednak wyborowi przez Zamawiającego oferty Print - Sol, co wskazuje, iż: po pierwsze Zamawiający nie stracił z pola widzenia treści przepisu art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp zezwalającej Zamawiającemu na zwiększenie kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która to decyzja jest nie limitowana prawnie, a przedmiot zamówienia jest istotny z punktu widzenia bieżącej działalności Zamawiającego, po drugie zaś, nawet jeśli Zamawiający podjąłby decyzję o unieważnieniu niniejszego postępowania, nie niweczy to interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania. W treści art. 179 ust 1 Pzp, limitującym prawo wniesienia środków ochrony prawnej, mowa o uzyskaniu danego zamówienia, nie ma natomiast odniesienia do postępowania. Tymczasem nawet w przypadku unieważnienia aktualnego postępowania istnieje praktyczna pewność, że zamówienie będzie udzielane ponownie, w drodze kolejnego postępowania. Dorobek

orzecznicy KIO wskazuje na zasadność takiego rozumowania. W wyroku z 30 grudnia 2011r. (sygn. akt KIO 2702/11) Izba stwierdziła, że przez „dane zamówienie” wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp należy rozumieć „nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, którą zamawiający chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć.”. Co prawda w niniejszym stanie faktycznym oferta Odwołującego nie była odrzucona, a zamawiający kwestionował interes Odwołującego powołując się na fakt, że cena jego oferty przekracza budżet - a więc takie stwierdzenie nie miało wprost wpływu na wynik postępowania odwoławczego - ale mimo to Izba podkreśliła, że niezależnie od hipotetyczności przyszłego unieważnienia postępowania w interesie wykonawcy mieści się także żądanie tego unieważnienia.

W odniesieniu do art. 179 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazał, że wydaje się bliższy literze ustawy pogląd zaprezentowany przez Izbę w cytowanym orzeczeniu bowiem przecież faktycznie w przepisie tym nie ma mowy o „danym postępowaniu”, ale o „danym zamówieniu”. W sytuacji zaś niniejszej nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający zamierza publicznie nabyć usługę, którą objął postępowaniem jakiego dotyczy niniejsze odwołanie. Warto tu także wskazać na przełomowy wyrok TSUE z 5.4.2016 r. (C-689/13, Puligenica Facility Esco SpA), w którym TSUE, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch oferentów, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Odwołujący, przywołał również wyrok KIO z 5.9.2016 r. (KIO 1556/16), w uzasadnieniu którego, Izba powołując się na cyt. wyżej wyr. TSUE, wywiodła, iż w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 Pzp, w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG, należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Szkoda Odwołującego związana z pominięciem go w postępowaniu polega na utracie korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując i realizując zamówienie, a zatem szkody w postaci *lucrum cessans* w wysokości spodziewanego zysku z realizacji kontraktu. Zgodnie z założeniami Odwołującego wykonanie udzielonego zamówienia miało się wiązać się z

wymiernym i określonym zyskiem z tytułu zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego, który to po pokryciu kosztów wykonania zamówienia przyniósłby spodziewany zysk.

Odnosnie zarzutu z pkt. 1, Odwołujący podał, iż Wykonawca Print - Sol zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie użyczenia urządzeń drukujących w sposób alternatywny poprzez wskazanie w ramach złożonej oferty na formularzu zgodnie załącznikiem 2 do SIWZ, iż w ramach Typu 1 Wykonawca wykona przedmiot zamówienia przy pomocy urządzeń RICOH MP 3055 lub MP 3352 lub MP 3053 lub SHARP MX-M316NV a w zakresie Typu 2 przy pomocy urządzeń SHARP MX3060V lub RICOH MPC2004SP. Z treści załącznika nr 2 do SIWZ wynika, iż Zamawiający oczekiwał (zresztą zgodnie z przepisami Pzp) wskazania jednego, konkretnego modelu urządzenia, przy pomocy którego Wykonawca wykona przedmiot zamówienia (zdaniem Odwołującego, świadczyło o tym użycie liczby pojedynczej, a nie mnogiej w pozycji 3 formularza oferty). Tymczasem oferta Wykonawcy Print - Sol zawierała alternatywne wskazanie typów i modeli urządzeń, a w celu potwierdzenia spełnienia przez nie warunków technicznych opisanych w OPZ SIWZ dołączono 6 informacji produktowych (4 dla Typu 1 i 2 dla Typu 2). W opinii Odwołującego, świadczyło to o faktycznym złożeniu więcej, niż jednej oferty przez Wykonawcę, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 82 ust 1 Pzp. Jak wskazał Odwołujący, wprost przyjmuje się w poglądach komentatorów i orzecznictwie KIO „Za niedozwolone złożenie większej liczby ofert uznawana jest także sytuacja, w której wykonawca złoży ofertą wielowariantową (nie mylić z ofertą wariantową, o której mowa w art. 83 ust. 1), zawierającą dwie lub więcej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, albo nawet jedną cenę, ale różne propozycje co do sposobu wykonania zamówienia (tak też KIO w wyr. z 1.9.2009 r., KIO/UZP 853/08,). Zamawiający nie ma instrumentów prawnych pozwalających na wybranie tylko jednej propozycji i odrzucenie pozostałych. Taka czynność byłaby też sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji. Odrzucenie takiej oferty następuje na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, gdyż oferta wielowariantowa jest niewątpliwie niezgodna z art. 82 ust. 1 PrZamPubl”. (tak J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, Warszawa 2017) Należy bowiem odróżnić ofertę wariantową od oferty wielowariantowej. Za złożenie większej liczby ofert uznawana jest także sytuacja, w której wykonawca złoży ofertą wielowariantową, zawierającą dwie lub więcej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, albo nawet jedną cenę, ale różne propozycje co do sposobu wykonania zamówienia (KIO w wyr. z 28.6.2016 r. KIO 1024/16, KIO 1030/16 z 1.9.2009 r., KIO/ UZP 853/08). Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 r. o sygn. akt. KIO 1001/15, wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r. o sygn. akt KIO 2025/16 oraz wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r., o sygn. akt KIO 2868/15.

Odnosnie zarzutu podniesionego w pkt 1. powyżej, Odwołujący wskazał, że Wykonawca Print- Sol zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie użyczenia urządzeń drukujących sposób alternatywny poprzez wskazanie w ramach złożonej oferty na formularzu zgodnie załącznikiem 2 do SIWZ, iż w ramach Typu I Wykonawca wykona przedmiot zamówienia m. in. przy pomocy urządzeń RICOH MP 3352 lub MP 3053. Rzecz w tym jednak, że z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w stanowiącym ich integralną część Załączniku nr 2 Opis Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wskazał w pkt I, iż *„W ramach tego zadania Zamawiający[...] d)zastrzega sobie możliwość żądania wymiany użyczonych maszyn w przypadku: [...] tiret 3 urządzeń o roku produkcji sprzed 2016 roku, w odniesieniu do urządzeń opisanych w pkt b) w momencie ich fizycznej dostawy do lokalizacji Zamawiającego”* Zamawiający wskazał także, iż *„W przypadkach opisanych powyżej Zamawiający nie zaakceptuje dostawy urządzenia oraz wezwie Wykonawcę do wymiany tak dostarczonego urządzenia w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania zawiadomienia”*. W ocenie Odwołującego postanowienie to należało odczytać w ten sposób, iż wola Zamawiającego, jest to, by urządzenia użyczone nie mogły być starsze, aniżeli wyprodukowane w 2016 r. Gdyby inaczej odczytywać intencje Zamawiającego wówczas zbędnym byłby zapis o żądaniu wymiany urządzeń starszych i braku akceptacji takich urządzeń. Urządzenia, które zaoferował Wykonawca, którego ofertę wybrano nie mogą być wyprodukowane w 2016 r. i później, gdyż jak wynika z informacji zamieszczonych na stronie (<https://www.sosnfl.com/ricoh-model-introduction-dates/>) oraz uzyskanych bezpośrednio od RICOH Polska Sp. z o.o. i dołączonych do odwołania przez Odwołującego, informacji wynika, iż produkcji urządzenia RICOH MP 3352 zaprzestano z końcem 2013 r. a urządzenia MP 3053 z końcem 2015 r. Szczęólnego znaczenia nabiera ta okoliczność wobec faktu, iż alternatywnie wskazał Wykonawca Print – Sol sposób wykonania przedmiotu zamówienia, co przy ocenie oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ wymaga niedozwolonego (jak wskazywał Odwołujący, w uzasadnieniu zarzutu z pkt 1) dokonywania przez Zamawiającego wyborów odpowiednich opcji przedmiotu zamówienia przedstawionych przez odwołującego w ofercie, tak by ta odpowiadała warunkom zakreślonym przez SIWZ.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając stosowną argumentację, w szczególności dot. braku interesu we wniesieniu odwołania przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca A. S. prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez wykonawcę A. S. prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Rozpatrując odwołanie, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie Odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania i skutkuje koniecznością jego oddalenia, gdyż stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Inaczej, istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia jest warunkiem, którego spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Zgodnie bowiem, z powołanym art. 179 ust.1 Pzp legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie złożono dwie oferty. Odwołujący, w wyniku czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 12 lipca 2018 r., został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Odwołujący, nie zakwestionował ww. rozstrzygnięcia tj. nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej właściwych dla Postępowania, a przewidzianych w ustawie Pzp.

W związku z powyższym, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się prawnie wiążąca - został on ostatecznie wykluczony z postępowania, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, niezależnie od powyższego, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Print – Sol dokonanej przez Zamawiającego w dniu 31 lipca 2018 r., wprost wskazując w jego treści, iż skutkiem tego odwołania może być unieważnienie postępowania.

W związku z tym, w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skład orzekający, stwierdził, iż na gruncie niniejszej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który został ostatecznie wykluczony z postępowania, posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu (wyrok z dn. 22.05. 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 921/17). Tym samym, zgodzić się należy z Zamawiającym, że celem postępowania odwoławczego, nie jest zapewnienie zgodności czynności Zamawiającego z prawem in abstracto. Jak wskazuje ugruntowana linia orzecznicza, przepis ten (art. 179 ust. 1 Pzp) nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. (...) postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. (...) Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o

Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.), (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11).

Jak wskazano powyżej, interes przywołany w art. 179 ust. 1 Pzp nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań Zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. W ocenie Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, dane zamówienie należy interpretować jako konkretne zamówienie, którego Zamawiający zamierza udzielić w określonym postępowaniu. Tym samym, przez uzyskanie danego zamówienia rozumieć należy, szanse na pozyskanie zamówienia, w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Chybiona jest argumentacja Odwołującego, że w przypadku uwzględnienia odwołania, nastąpi przywrócenie go do postępowania, Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego i pomimo jego zabiegów czynności tej nie uchylił. Nie trafna jest również argumentacja dot. skutków ewentualnego unieważnienia postępowania tj. praktycznej pewności udzielenia zamówienia w drodze kolejnego przetargu, co z kolei umożliwi wykonawcy ubieganie się o zamówienie w kolejnym postępowaniu dotyczącym przedmiotu niniejszego postępowania. Słusznie w tym zakresie wskazywał Zamawiający, że po unieważnieniu danego postępowania, wykonawca nie może mieć pewności wszczęcia kolejnego tożsamego postępowania, w którym udział miałby zapewniony. Zwiększenie kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, należy postrzegać jako dążenie do skutecznego zakończenia tego konkretnego postępowania i zawarcia w jego wyniku umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie jako argument potwierdzający wszczęcie kolejnego postępowania. Działanie Odwołującego, nie jest ukierunkowane na zmianę statusu jego oferty w niniejszym postępowaniu, a na jego zniweczenie. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że posiada obiektywną tzn. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia, a tym samym nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Ponadto, drugim elementem koniecznym do ustalenia dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej jest okoliczność czy Odwołujący mógł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda, która co do zasady przyjmuje charakter szkody majątkowej, powinna być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zatem pomiędzy naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Pzp, a szkodą powinien istnieć stosowny związek przyczynowy. W ocenie Izby, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, nie na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego, lecz na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czego nie kwestionował w toku postępowania poprzez wniesienie odwołania, a efektem

czego jest wykluczenie go z postępowania. Ponadto Odwołujący nie może ponieść szkody, albowiem bez względu na to czy odwołanie zostałoby wniesione czy też nie, nie wpływa ono na sytuację Odwołującego w niniejszym postępowaniu, w dalszym ciągu nie ma on możliwości uzyskania zamówienia.

Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w Pzp tj. w art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG), który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

W ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym nie znajdzie zastosowania pojęcie „danego zamówienia” sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: *TSUE*) na gruncie orzeczenia z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. W przedmiotowym orzeczeniu *TSUE* wskazał, że pojęcie „danego zamówienia” może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając jednocześnie okoliczności faktyczne i prawne w jakich zdefiniował to pojęcie, a które są znacząco odmienne od zaistniałych na gruncie niniejszej sprawy. Orzeczenie to zostało wydane bowiem w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, wówczas Trybunał uznał, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta i w związku z taką sytuacją zdefiniował pojęcie „danego zamówienia”. Szeroką wykładnię interesu w uzyskaniu danego zamówienia *TSUE* przyjął również w wyroku wydanym w sprawie C-100/12 Fastweb (wyrok z dn. 4 lipca 2013 r.), czy też w przywołanym przez Odwołującego orzeczeniu C-689/13 PFE (wyrok z dn. 5 kwietnia 2016 r.), dotyczących zasad rozpatrywania odwołań wzajemnych, jednakże każdorazowo orzeczenia te dotyczyły podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu nie była ostateczna – różnicę tę podkreślił *TSUE* w motywie 33 wyroku z dn. 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich. Powyższe, potwierdza, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozważać w związku z sytuacją podmiotu wnoszącego odwołanie, a nie w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. W orzeczeniach przywołanych powyżej, skutek w postaci ewentualnego unieważnienia postępowania, stanowił swego

rodzaju konsekwencję przyznania legitymacji procesowej każdemu z podmiotów wnoszących odwołanie, a nie był aprobowanym celem samym w sobie. Z ww. wyroków w sprawach C-131/16, C-100/12 czy też C-689/13 nie można wywodzić, że interes w uzyskaniu zamówienia jest tożsamy z celem polegającym na unieważnieniu postępowania, do którego dąży Odwołujący w niniejszej sprawie. TSUE w przywołanym już wyroku C-355/15 Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich orzekł, iż art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Rady 89/665/EWG „należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.” Podobną tezę, zawarł również w motywie 57 wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, odnosząc się do ww. wyroku C-355/15 i „że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że wykonawca, który został ostatecznie wykluczony z postępowania, zarówno na gruncie przepisów krajowych jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty.

Wobec powyższych ustaleń, wykazujących brak interesu wykonawcy, w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2017 r., poz. 47). W związku z faktem, że Zamawiający składając wniosek o zwrot kosztów, nie przedłożył

rachunków, a zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba rozstrzygając o kosztach postępowania zasądza koszty na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, brak było podstaw do zasądzenia wnioskowanych kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Przewodniczący: